Die Vitalität
im
Civil- und Criminalrecht.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde,
vorgelegt der
hohen juristischen Fakultät zu Erlangen
und von derselben zum Druck genehmigt
am 18. Februar 1892.

Der Verfasser
Gustav Heinrich Adolf Nitschke
aus Spremberg.

Greifswald.
Druck von Julius Abel.
1892.

Seinen teuren Eltern

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet.

Der Verfasser.

Inhalt.

A. Erläuterung des Begriffes „Vitalität" im juristischen Sinne.
B. Die Vitalität im Civil- und Criminalrecht.
I. Das Vitalitätserfordernis im Civilrecht.
α. Das römische Recht.
β. Das ältere deutsche Civilrecht.
γ. Die modernen Codificationen.
II. Das Vitalitätsrequisit im Criminalrecht.
a. Das gemeine deutsche Strafrecht mit Berücksichtigung seiner Quellen.
b. Die moderne Strafgesetzgebung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535708_0110

Litteraturverzeichnis.

Casper-Liman, pract. Handbuch der gerichtl. Medicin.
Bätschi, Über das Requisit der Vitalität.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 2. Beil. III.
C. G. v. Wächter, De partu vivo non vitali. Leipziger Programme pars I—V. 1863—66.
Seuffert, Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatr.
Seuffert, Pract. Pandektenrecht.
Dähne, 1830 in Elver's Themis „Über die Lebensfähigkeit in juris. Beziehung."
Thibaut, 1834 System des röm. Pandektenrechts.
Fritz, 1834 Erläuterungen zu Wening-Ingenheim's Lehrbuch des röm. Rechts.
Mühlenbruch, 1844 Lehrbuch des Pandektenrechts.
Geib, 1845 im Archiv des Civil-Rechts.
Keller, 1861 Pandekten I.
Vangerow, 1863 Lehrbuch der Pandekten.
Bekker, Pandekten.
Hoelder, Pandekten.
G. E. Oeltze, 1769 De partu vivo vitali et non vitali.
Hofacker, 1800 Principia jur. civ. Rom.-Germ.
Glück, 1823 Erläuterung d. Pand.
Schweppe, 1828 Das röm. Privatr. in seiner heutigen Anwendung.
Goeschen, 1843 Vorlesungen über das gemeine Civilrecht.
Puchta, 1852 Pandekten.
Windscheid, Lehrbuch d. Pand.
Brinz, Lehrbuch d. Pand.
Baron, Pandekten.
Dernburg, Pandekten 1888.
v. Sydow, 1828 Darstellung des Erbrechts nach d. Grundsätzen des Sachsenspiegels.
Eichhorn, 1845 Einleitung in d. deutsche Privatr.
Philipps, 1846 Grundsätze des gem. deutsch. Privatr.
Walter, 1855 System d. gem. deutsch. Privatr.
Bluntschli, 1853 Deutsch. Privatr.
Hillebrand, 1864 Lehrbuch des heut. gemein. deutsch. Privatr.
Stobbe, 1871 Handbuch d. deutsch. Privatrechts.

Beseler, 1885 System des gem. deutsch. Privatr.
Gengler, 1876 Deutsch. Privatr.
J. Grimm, Rechtsaltertümer.
Maurenbrecher, 1840 Lehrbuch d. deutsch. Privatr.
Heußler, 1885 Institutionen.
v. Feuerbach, 1847 Lehrbuch d. gem. in Deutschland gültig. peinlichen Rechts.
Mittermaier, 1825 Neues Archiv des Criminalrechts.
Martin, 1825 Lehrbuch d. teutsch. gem. Criminalr.
Jarke, 1827 Handbuch d. gem. deutsch. Strafrechts.
Henke, Lehrbuch d. Strafrechtswiss.
Berner, 1888 Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts.
Liszt, 1891 Lehrb. d. deutsch. Str. R.
Carpzow, Practicae novae imp. sax. rer. crim. pars I.
Püttmann, 1779 Elementa j. crim.
Spangenberg, 1820 Neues Archiv d. C. R.
Jordan, 1844 Über d. Begriff und die Strafe des Kindesmordes nach d. peinl. Gerichtsord. Karls V.
Salchow, Lehrbuch.
Goltdammer, 1852 Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 2.

A. Erläuterung des Begriffes „Vitalität" im juristischen Sinne.

Der Beginn der natürlichen Rechtsfähigkeit eines Menschen ist bedingt durch die Geburt, d. h. der Mensch tritt zugleich in das Leben und das Recht ein. Vor der Geburt kommt die Leibesfrucht nicht als selbständiges Rechtssubjekt sondern nur als organischer Teil der Mutter in Betracht (mulieris portio est, vel viscerum l. 1 § 1 D. 25,4), wenn auch bereits der partus nondum editus (l. 9 § 1 D. 35, 2) Rechte haben kann (d. h. als zukünftiges Subject von Rechten in Betracht kommen kann), die ihm für den Fall der lebendigen Geburt aufbewahrt werden.[1])

Die Geburt gilt als vollendet nach der vollständigen Trennung der Frucht vom Mutterleibe. Doch genügt dieses bloße Hervortreten der Frucht zur äußeren Erscheinungswelt nicht, um dieselbe zu einem Rechtssubjekt zu machen; die Fähigkeit, Subjekt von Rechten zu werden, ist vielmehr noch an weitere Bedingungen geknüpft, unter denen als unbestritten gelten: 1) das Neugeborene muß nach der völligen Trennung von der Mutter gelebt haben[2]), 2) dieses so geborene Wesen muß eine menschliche Natur haben, was besonders an der menschlichen Gestalt desselben erkannt wird.[3]) Während nun, wie bereits gesagt, diese beiden Erfordernisse zur Erlangung

[1]) Nasciturus pro jam nato habetur . . . l. 3 D. 5, 4 Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent . . . u. A. L. R. I. 1 § 12.

[2]) l. 129 D. 50 16. Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur: quia nunquam liberi appellari potuerunt.

[3]) l. 3 C 6, 29 ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

der Persönlichkeit auf Grund der Rechtsvorschriften stets anerkannt worden sind, herrscht über ein drittes Requisit, das der Vitalität, ein unter den Rechtslehrern auch noch heute unentschiedener Streit aus Gründen, die teils in der Natur der Sache, teils auf abweichender Quelleninterpretation beruhen.

Unter Vitalität oder Lebensfähigkeit versteht man hierbei die Fähigkeit, das Vermögen eines neugeborenen Kindes, das durch die vollendete Geburt erhaltene selbständige Leben fortsetzen zu können. Als Bedingungen der Vitalität werden naturgemäß zwei in Frage kommen und zwar: 1) die Reife der Frucht, die von einem zur Entwickelung genügend langen Aufenthalt derselben im Mutterleibe abhängt, und 2) eine solche Beschaffenheit des Körpers, daß die Organe desselben die zur Fortsetzung des Lebens nötigen Funktionen ungestört verrichten können.[1])

Ob nun das mangels der einen oder anderen Voraussetzung nicht vitale Kind von der Erlangung der Rechtsfähigkeit ausgeschlossen sei oder nicht, darüber sind die gegenteiligsten Anschauungen laut geworden. Zu den verschiedensten Zeiten ist in der Vitalitätsfrage von den Rechtslehrern mit vielem Geist und gewichtigen Gründen sowohl im Civilrecht als auch im Criminalrecht ein lebhaftes Für und Wider geltend gemacht worden. Von welch' weitgehenden praktischen Consequenzen diese Frage sein kann, dürfte leicht daraus erhellen, daß es sich bei derselben um nichts Geringeres handelt, als darum, ob das nicht vitale Kind civilrechtlich fähig ist, activ und

[1]) Auf ein Zeitmaß für die Fortsetzung des Lebens kann es anerkanntermeise in rechtlicher Beziehung nicht ankommen, da ja, wer einmal rechtsfähig ist, auch rechtsfähig bleibt, wenn ihm nicht auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen die Rechtsfähigkeit entzogen wird, und wir müssen wohl absehen von jener ärztlichen Definition der Vitalität, die uns Liman in Casper's pract. Handbuch der gerichtl. Medicin Bd. II § 4 giebt, wenn er sagt: „Lebensfähig im ärztlichen Sinne ist ein Neugeborenes, wenn es nach seinem Alter und nach der Bildung seiner Organe die Möglichkeit hat fortzuleben, d. h. die durchschnittliche Lebensdauer des Menschen zu erreichen."

passiv Subjekt von Rechten zu werden, und ob dasselbe criminalrechtlich ein taugliches Objekt für Verbrechen sein kann. — Wie sich nun das Civil- und Criminalrecht zur Vitalitätsfrage verhalten, soll die Aufgabe nachstehender Untersuchung sein.

B. Die Vitalität im Civil- und Criminalrecht.

I. Das Vitalitätserfordernis im Civilrecht.

Im Civilrecht werden in der Untersuchung über die Vitalität als Bedingung für den Beginn der Persönlichkeit, soweit das römische und ältere deutsche Privatrecht davon berührt werden, hauptsächlich die gesetzlichen Bestimmungen, betreffend die Erbfähigkeit des nachgeborenen Kindes, in Betracht gezogen werden müssen, da die verschiedenen Codifikationen des römischen und älteren deutschen Rechtes ihre Ansichten über die Erfordernisse zur Erlangung der Rechtsfähigkeit fast durchgängig im Anschluß an die Erbfähigkeit des Posthumus entwickeln. Die neueren Civilgesetzbücher geben über den Beginn der Persönlichkeit selbständige Bestimmungen. Die Erbfähigkeit eines Posthumus bezieht sich auf folgende Punkte, ob er nämlich fähig ist, die Erbschaft seines Vaters als suus heres zu erwerben, ob er ein Testament des Vaters, in welchem er übergegangen worden ist, rumpiert, ferner, ob er die Erbschaft anderer Personen erwerben kann, und ob er endlich diese Erbschaft auch auf andere Personen zu übertragen vermag. Bei diesen gesetzlichen Bestimmungen über die Erbfähigkeit des nachgeborenen Kindes interessiert uns hier nur, ob sie in gleichem Maße Fürsorge treffen für das vitale und nicht vitale Kind, oder ob das nicht vitale Kind vom Erbrecht ausgeschlossen ist, während unter gleichen Bedingungen das vitale Kind erben würde. Nebenbei und in enger Verbindung mit diesen Fragen wird im römischen Rechte von der Erlangung der Statusrechte des ehelich erstgeborenen Kindes

und von dem jus liberorum der Mutter gehandelt werden müssen Ja, man kann wohl sagen, gerade wegen dieser letztgenannten Rechte und wegen ihrer Vermischung mit der Hauptfrage, ob nämlich die Vitalität ein Requisit für den Beginn der Persönlichkeit d. h. zur Entstehung der Rechtsfähigkeit sei, ist im römischen Rechte auf Grund der abweichenden Quelleninterpretation der Streit über die Notwendigkeit oder Nichtnotwendigkeit der Vitalität am heftigsten entbrannt.

α. Das römische Recht.

Nach diesen Vorausschickungen will ich es nun zuvörderst versuchen, die Stellung des römischen Rechts zur Vitalität darzuthun. Hierbei wird es nötig sein, über den Entwickelungsgang der Lehre von der Vitalität zu sprechen und auf die überaus reiche Litteratur, die sich an unsere Frage geknüpft hat, hinzuweisen —

Bereits die Römer haben beim jus liberorum ex Sc. Tertulliano die Vitalitätsfrage ventiliert, wie aus Gellius noct. att. l. 3 cap. 16 hervorgeht[1]). Es handelt sich hier darum, ob ein sogleich nach der Geburt verstorbenes achtmonatliches Kind, von dem die Gegenpartei behauptet, daß es wegen Unreife nicht vital und deshalb dem Abortus gleichzuachten sei, der Mutter beim jus trium liberorum angerechnet werden könne. Die Entscheidung dieses Rechtsstreits erfahren wir leider aus Gellius nicht. Soviel aber können wir mit Bestimmtheit daraus entnehmen, daß schon den Römern die Lehre von der Vitalität bekannt gewesen ist. „Ich zweifle aber daran, daß sie die Römer in ihrer heutigen Gestalt und Bedeutung kannten, und daß sie das Vitalitätserfordernis auch auf die Rechtsfähigkeit des Kindes ausgedehnt haben. Sie

[1]) Memini ego Romae accurate hoc atque solicite quaesitum, negotio non rei tunc parvae postulante, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus jus trium liberorum supplevisset; quum abortio quibusdam, non partus videretur mensis octavi intempestivitas.

hätten uns in diesem Falle rein sachliche und unzweideutigere Aussprüche und Entscheidungen darüber hinterlassen, als wir sie aus den Quellen, mindestens bis auf den justinianeischen Codex herab, entnehmen können".[1])

In Deutschland hat man nach der Reception das Vitalitätserfordernis für notwendig zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erachtet; doch sind wissenschaftliche Erörterungen darüber nicht angestellt worden, ob auf Grund der Quellen Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit notwendig sei oder nicht. Erst seit Ausgang des vorigen Jahrhunderts hat man sich in der Wissenschaft mit immer lebhafterem Interesse dieser Frage zugewendet, die C. G. v. Wächter[2]) wohl nicht mit Unrecht eine gravis quaestio nennt. Das Resultat dieser Untersuchungen war bis zum ersten Viertel unseres Jahrhunderts dies, daß Vitalität im römischen Recht als ein notwendiges Erfordernis zur Erlangung der Rechtsfähigkeit zu betrachten sei. Uneinigkeit herrschte jedoch darüber, wann die Vitalität gesetzlich als vorhanden anzunehmen sei. Die einen meinten, die Lebensfähigkeit eines Kindes sei alsdann gesetzlich anzunehmen, wenn dasselbe nicht vor dem 182. Tage nach der Conception geboren worden sei; andere hingegen sahen von der Zeit des Aufenthalts der Frucht im Mutterleibe ganz ab und überließen die Entscheidung über die Lebensfähigkeit des Neugeborenen im einzelnen Falle dem Gutachten des Arztes. Über die wissenschaftliche Begründung dieser Theorien sagt v. Savigny, „sie sei ungemein schwach und beruhe meist auf einem augenscheinlichen Zirkel" Ein Gegner erstand dem Erfordernis der Vitalität als Bedingung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit zuerst in Seuffert[3]) im Jahre 1820. Den schärfsten Aus-

[1]) Vgl. Bätschi, Über das Requisit der Vitalität S. 6 und von Savigny: System des heut. röm. Rechts S. 408. Bd. 2.

[2]) C. G. v. Wächter: De partu vivo non vitali. Leipziger Programme Pars I.—V. 1863—1866.

[3]) Seuffert, Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatr. Bd. I S. 50 und pract. Pandr. I. S. 538.

druck fand die Verneinung des Vitalitätserfordernisses im römischen Rechte in v. Savigny's Abhandlung: „Die Vitalität eines Kindes, als Bedingung seiner Rechtsfähigkeit." System d. heut. röm. R. Bd. 2. Beilage 3.

Savigny wendet sich in derselben gegen die „gewöhnliche Behauptung der Rechtslehrer, daß zur Rechtsfähigkeit eines Kindes die lebendige Geburt nicht hinreiche, sondern daß noch die Lebensfähigkeit oder Vitalität hinzukommen müsse."

Nach dem Erscheinen dieser Schrift Savigny's hatte man sich daran gewöhnt, die Vitalitätsfrage als erledigt zu betrachten, überzeugt durch die Wucht seiner Beweisgründe und gefesselt durch das gewaltige Ansehen seiner Autorität, bis C. G. von Wächter in seinen Leipziger Programmen diese Frage von Neuem aufwarf und die ältere Meinung wieder für die richtigere erklärte, wenn nur anders der Begriff der Vitalität in seinem richtigen und eigentlichen Sinne aufgefaßt werde. Fitting giebt im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 50 S. 1—27 einen deutschen Auszug der Leipziger Programme und bemerkt in der Vorrede hierzu: „Der Verfasser hat die verhandelte Frage mit gewohnter Sorgfalt und bekanntem Scharfsinn erörtert unp dadurch in ein ganz neues Stadium, wo nicht zum völligen Abschluß gebracht." Doch auch diese Wächter'sche Theorie fand bald ihre Gegner; ich nenne hier nur Sarrazin 1881 (De partu vivo non vitali) und Bätschi a. a. O., der mit völlig neuen Beweisgründen das Requisit der Vitalität und besonders Wächter zurückweist.

Wie aus diesen Bemerkungen über den Entwicklungsgang der Lehre von der Vitalität hervorgeht, haben sich in unserer Frage stets und zwar in periodischer Wiederkehr Strömungen und Gegenströmungen lebhaft geltend gemacht. All' die verschiedenen Theorien, die hierbei aufgestellt worden sind, lassen sich jedoch der Hauptsache nach leicht in zwei Gruppen teilen, von denen die eine das Vitalitätserfordernis unbedingt verwirft, während es die andere für notwendig er-

achtet; bei der letzteren Gruppe ist jedoch wiederum zu unterscheiden zwischen zwei Ansichten, von denen die eine die Lebensfähigkeit des neugeborenen Kindes präsumiert, wenn es mindestens 181 Tage im Mutterleibe getragen worden ist, während die andere nur auf die zum Fortleben außerhalb des Mutterleibes genügende Reife des Kindes sieht. Dem reifen, aber wegen organischer Fehler lebensunfähigen Kinde spricht, soweit mir wenigstens bekannt ist, keiner unter den neueren Civilisten die Rechtsfähigkeit ab.

Das Vitalitätserfordernis für den Beginn der Persönlichkeit verwerfen von den Pandektisten, die in dieser Untersuchung berücksichtigt worden sind: J. A. Seuffert, a. a. O., Dähne, 1830 in Elver's Themis S. 356–371 „Ueber die Lebensfähigkeit in juristischer Beziehung", Thibaut 1834 System des röm. Pandektenrechts § 121, Fritz 1834 Erläuterungen zu Wening-Ingenheim's Lehrbuch des römischen Rechts S. 133, v. Savigny a. a O., Mühlenbruch 1844 Lehrbuch des Pandektenrechts § 177 Anm. 2, Geib 1845 Archiv des C. R. S. 181, Keller 1861, Pandekten S. 32, Vangerow 1863 Lehrbuch der Pandekten § 32 S. 66 Anm., Keller Pandekten Bd. I. § 19; Bekker Pandekten Bd. I. § 45, Hoelder Pandekten S. 97.

Vitalität erfordern in Rücksicht auf eine 181 tägige Schwangerschaft: G. E. Oeltze 1769 „De partu vivo vitali et non vitali", Hofacker 1800 Principia juris civ. Rom. Germ. T. I. § 237, Glück 1823 Erläuterung der Pandekten Bd. II. § 115, Schweppe 1828 das röm. Privatr. in seiner heutigen Anwendung § 59 ad 5, Goeschen 1843 Vorlesungen über das gemeine Civilrecht.

Vitalität ohne Rücksicht auf die Dauer des Aufenthaltes im Mutterleibe erachten für notwendig:

Puchta Pandekten 1852 § 114, C. G. v. Waechter a. a. O, Windscheid, Lehrbuch der Pandekten Bd. I. § 52. (Vor dem Erscheinen der Wächter'schen Schrift verwarf er das Vitalitätserfordernis), Brinz Lehrbuch der Pandekten

Bd. I. S. 173, Baron Pandekten 1876 § 18, Dernburg Pandekten 1888 Bd. I. S. 110; Dernburg erfordert zwar auch die 181 Tage, gehört aber mehr zu dieser Gruppe, da er sonst Waechter folgt. —

Diese drei so sehr verschiedenen Theorien finden ihre Hauptvertreter in v. Savigny, Glück und v. Wächter; ich will deshalb deren Anschauungen einer näheren Betrachtung unterziehen, und zwar werde ich mich hierbei an die chronologische Aufeinanderfolge halten.

Glück a. a. O. am Ausgange der ersten Entwickelungsperiode der Vitalitätslehre stehend, in der man vorzüglich 181 Tage Schwangerschaftsdauer fordert, um ein Kind für vital und deshalb für rechtsfähig zu halten, äußert sich ziemlich eingehend über das Vitalitätserfordernis und giebt gewissermaßen eine Zusammenfassung der älteren Schriftsteller. Er sagt im § 115 seiner Pandekten: „Eine lebendige Geburt, welcher die Rechte eines Kindes zugeeignet werden sollen, muß nicht allein Lebenszeichen von sich geben, sondern auch lebensfähig sein. Vitalität besteht nun darin, wenn eine Geburt in ihrer Ausbildung und Vervollkommnung so weit gediehen ist, daß bei ihr die Möglichkeit, das Leben außer der Mutter fortzusetzen, vorhanden ist. Hat sie hingegen denjenigen Grad der Ausbildung und Vervollkommnung noch nicht erreicht, so wird eine solche Geburt eine unzeitige, ein Abortus genannt, und diese ist nicht rechtsfähig." — Soweit ist dies nun alles ganz klar und nicht mißverständlich; denn es ist eben Ansichtssache, ob man das nicht vitale Kind für rechtsfähig halten möchte oder nicht; aber die gesetzmäßige Begründung, die Glück hierfür giebt, spricht freilich nicht sehr für seine Ansicht. Er fährt in seiner Abhandlung folgendermaßen fort: „Die Hauptfrage ist nun: wie lange ein Kind im Mutterleibe getragen werden müsse, um jenen Grad der Ausbildung zu erreichen, der zur Lebensfähigkeit erfordert wird? Die Gesetze bestimmen dazu ein halbes Jahr oder 182 Tage l. 3 § 12 D. 38, 16 und erklären nach der Meinung des Hippokrates

ein Kind für lebensfähig, welches zu Anfang des siebenten Monats ist geboren worden l. 12 D. 1, 5 und Paulus Sent. lib. IV. tit. 9. 55. — . . .

Hieraus folgt, daß eine Geburt, die jenes Hippokratische Ziel im Mutterleibe nicht erreicht hat, und im 6, 5. oder 4. Monate geboren worden, für einen Abortus zu halten sei." — Ob dies nun aber wirklich aus jenen angeführten Stellen erfolgt, soll der Gegenstand nachstehender Untersuchung sein.

Es besagt l. 3 § 12 D. 38, 16 (Ulpian):

„De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et Divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum; nec videri in servitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum esset manumissa."

l. 12. D. 1, 5 (Paulus):

„Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse."

Paulus Sent. lib. IV. tit. 9. 55.:

„Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur."

Die dritte Stelle gehört meiner Ansicht nach überhaupt nicht hierher, da sie garnichts für oder wider Glück's Behauptung beweisen kann. Sie spricht zuerst von Privilegien der Mutter, nicht den Rechten des Kindes und da, wo sie über mature Geburten redet, bringt sie ganz andere Termine, als hier in Frage kommen. Betreffs der beiden anderen Stellen glaube ich nicht mit Unrecht die Behauptung aufzustellen, man müsse von vornherein mit der Absicht umgehen, in dieselben den Sinn hineinzutragen, den Glück und andere ihnen unterlegt haben, um daraus den Schluß zu ziehen, ein vor dem siebenten Monate, resp. 182. Tage geborenes Kind sei nicht vital und daher dem Abortus gleich zu achten, von

dem wir aus l. 2 C. 6, 29[1]) wissen, daß er nicht erbfähig ist. Ließe sich das erstere auch möglicherweise mittels des argentum a contrario folgern, so macht sich Glück beim zweiten einer auffallenden petitio principii schuldig, da es ja eben zu erweisen war, ob das nicht vitale Kind dem Abortus gleichzuachten sei. Diese beiden Stellen wollen aber auch etwas derartiges garnicht besagen; es werden darin nur positive Rechtsregeln für die Ingenuität und Legitimität aufgestellt. Sie sagen: ein am 182. Tage nach der Freilassung der Mutter geborenes Kind scheine in der Freiheit concipiert worden zu sein, und ein im 7. Monate nach Eingehung einer giltigen Ehe geborener partus perfectus sei für legitim zu erachten, da nach dem Zeugnis des Hippokrates schon nach dieser Schwangerschaftsdauer ein so beschaffenes Kind geboren werden könne. In beiden Fällen werden die betreffenden Mütter ein lebhaftes Interesse daran haben, den Tag der Conception möglichst nahe an den Tag der Geburt heranzuschieben; Mutterliebe und das Bestreben, ihre Ehre gewahrt zu wissen, werden die Mutter hierbei leicht zu falschen Angaben verleiten. Auf der anderen Seite wird der etwas skeptische Ehemann oder Manumissor stehen und an ein solches Wunder nicht recht glauben wollen, wenn die Gattin nach ganz kurzer Ehe oder die Freigelassene bald nach der Freilassung einen perfectus partus gebiert. Um nun in solchen Fällen Willkürlichkeiten vorzubeugen, bestimmt das Gesetz einen Minimalsatz von 181 Tagen Schwangerschaft, die von dem sicheren Tage der Eheschließung oder Freilassung an gerechnet werden, um die oben erwähnten Folgen für den nach dieser Zeit geborenen partus perfectus eintreten zu lassen. Dieser Ausdruck partus perfectus hat nun eine sehr mannigfache Auslegung gefunden. Glück, Wächter, Dernburg u. A. übersetzen ihn mit „lebensfähiges Kind", Dähne mit „mensch-

[1]) l. 2 C. 6, 29: „Uxoris abortu testamentum mariti non solvi: posthumo vero praeterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, juris evidentissimi est."

[illegible] ein reiches, vergleichendes Material herbeigeschafft.

Wir wollen nun hier nicht über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Auslegungen rechten. So viel aber können [illegible] ist dies jedoch nicht eine notwendige Consequenz. — Die [illegible] der modernen medicinischen Wissenschaft decken [illegible]

borenes, lebensunfähiges Kind sei dem Abortus gleichzuachten und daher nicht erbfähig. Es handelt sich, um es nochmals zu wiederholen, in l. 12 und l. 3 cit. gar nicht um den Beginn der Persönlichkeit d. h. der Rechtsfähigkeit der betreffenden Kinder, sondern nur um ihre Statusrechte.

Was hat es nun aber mit den 181 Tagen auf sich? Wollen die Römer in l. 12 und l. 3 cit. eine gesetzliche Präsumtion der Lebensfähigkeit geschaffen haben? — Keineswegs. — Ausgehend von der möglichen Dauer der Schwangerschaft bis zur Geburt eines organisch entwickelten Kindes, bestimmen sie 181 Tage nach Eingehung der Ehe oder nach der Freilassung der Mutter — was nach der vorausgeschickten Ausführung gewiß nicht zu hoch gegriffen ist — als äußerste Grenze für die gesetzliche Präsumtion der Legitimität und Ingenuität. Diese Bestimmung leidet auch nicht an dem Rechenfehler, der häufig genug unterlaufen wird, wenn man die Lebens- und Rechtsfähigkeit eines Kindes von einer bestimmten Schwangerschaftsdauer abhängig macht. Im ersteren Falle sind Anfangs- und Endtermin bestimmt festgelegt durch den sicheren Tag der Freilassung oder der Eheschließung und den Tag der Geburt; im zweiten Falle haben wir zumeist nur einen festen Ausgangspunkt, die Geburt, während der Tag der Conception besonders in der ehelichen Zeugung sehr unbestimmt bleibt. Es gehören derartige Bestimmungen auch gar nicht in den Rahmen der Gesetzgebung; denn sie unterliegen äußerst schwankender, individueller Beurteilung, da weder die Mutter, noch der Arzt anerkanntermaßen den Eintritt der Schwangerschaft mit Bestimmtheit (Tage ja Wochen hindurch) feststellen können. — Und von einer so unbestimmten, spekulativen Beurteilung sollten die praktischen Römer auf den Tag hin die Rechtsfähigkeit eines Menschen abhängig gemacht haben? Wer sollte auch im Streitfalle nun den gewiß nicht selten eintretenden Zweifel heben, ob das Kind genau 181 Tage, nicht 180 oder 183 Tage im Mutterleibe gewesen ist? Dies kann auch der zur Begutachtung herbeigerufene Arzt nicht; er

kann höchstens, wie v. Savigny meint, vermöge seiner Wissenschaft aussagen, daß das Kind, nach seiner Entwickelung zu urteilen „ungefähr" so und so lange getragen worden ist.

v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts, Bd. 2. Beilage III.

Savigny weist zuvörderst energisch die Behauptung der älteren Rechtslehrer zurück, daß die Römer die Lebens- und Rechtsfähigkeit eines Neugeborenen von einem 181 tägigen Aufenthalte desselben im Mutterleibe abhängig gemacht hätten. Des weiteren sagt er: „Die Lehre von der Vitalität als Bedingung der Rechtsfähigkeit hat in unserem Rechte durchaus keinen Grund. . . . Sie ist verwerflich, wenn wir auf den Inhalt unserer Rechtsquellen sehen. . . . Die Stellen, die offenbar unsere Frage am nächsten berühren, sind l. 2 C. 6, 29. cit. und l. 3 C. 6, 29.[1]) Diese sagen, das Kind habe Rechtsfähigkeit unmittelbar nach der vollendeten Geburt, auch selbst, wenn es im nächsten Augenblick stürbe, z. B. noch in den Händen der Geburtshelferin. Hier lag es doch gewiß sehr nahe zu unterscheiden, ob dieser schnelle Tod erfolge aus Mangel innerer Lebenskraft (Vitalität) oder aus äußeren Ursachen. Von dieser Unterscheidung aber finden wir kein Wort, also war sie gewiß auch nicht Sinne des Gesetzgebers".

---

[1]) „Quod certatum est apud veteres, nos dicidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur, praeteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si posthumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is posthumus ruptum facere testamentum posset? Et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset: et si vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque, quod et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam: et sancimus, si vivus perfecte natus est: licet illico postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit: nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

Die Äußerungen Savigny's sind klar und überzeugend. Leider nur läßt er sich auf eine genauere Interpretation der für unsere Frage so wichtigen Stellen l. 2 und 3 C. 6, 29 nicht ein. Es wäre dies sehr erwünscht gewesen, obschon wir aus Note e. S. 388 Bd. 2 und S. 8. Bd. 2 wissen, daß er unter abortus jede totgeborene Frühgeburt versteht. Einen Beweis für die Richtigkeit dieser Interpretation mit quellenmäßiger Begründung tritt er freilich nicht an, er läßt es sich mehr angelegen sein, das Vitalitätserfordernis als in der Natur der Sache unbegründet hinzustellen; namentlich weist er auf die Inkonsequenz hin, die sich die Verteidiger des Vitalitätserfordernisses zu Schulden kommen lassen, wenn sie für rechtsunfähig erklären ein wegen mangelnder Reife lebensunfähiges Kind, hingegen für rechtsfähig halten ein wegen fehlerhafter Bildung der Organe lebensunfähiges Kind. Obschon nun Savigny das Vitalitätserfordernis als Bedingung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit im röm. Recht unbedingt verwirft, giebt er jedoch zu, daß bereits die Römer beim jus liberorum nach dem Sc. Tertullianum nach der Lebensfähigkeit der Kinder gefragt haben. — Dies ist auch unzweifelhaft richtig, wie sich aus Gellius noct. att. 3. c. 16 und Paulus lib. IV. tit. 9 ad Sc. Tertullian § 1 und 5 cit. ergiebt.

§ 1. „Matres tam ingenuae, quam libertinae, ut jus liberorum consecutae, videantur, ter et quater peperisse sufficiet, dummodo vivos, et pleni temporis pariant". Nicht nur lebendige, sondern auch ausgetragene d. h. lebensfähige Kinder werden verlangt, wenn die Mutter der wichtigen, erbrechtlichen Belohnungen beim jus liberorum ex Sc. Tertulliano teilhaftig werden soll. Savigny sagt hierzu, es liege kein Grund vor anzunehmen, daß, was hiernach für die Begünstigung der Mutter galt, auch für die Rechtsfähigkeit des Kindes gegolten habe. — Und Dernburg a. a. O. erwidert darauf, dies sei aber allerdings der Fall. Denn wenn das Geborene Rechtssubject war, so wäre nicht zu begreifen, warum es nicht, wie andere verstorbene Kinder, der Mutter angerechnet werden sollte.

Ich möchte mich in dieser Controverse doch lieber Savigny anschließen und hinzufügen, daß die Anrechnung zu Gunsten der Mutter wenigstens bei den Belohnungen nach dem Sc. Tertull. schwerer erfolgte, als die Anerkennung des Geborenen als Rechtssubjekt. Die Römer verlangen consequent und naturgemäß für diese gesetzlichen Belohnungen als Gegenleistung von der Mutter die Heranbildung von Staatsbürgern, wozu wegen mangelnder Reife lebensunfähige Kinder untauglich sind. Man ist hierbei nicht rigoros genug, den Erfolg abzuwarten, sondern präsumiert ihn nach der Leibesbeschaffenheit des Kindes.

C. G. v. Wächter: Commentar, de partu vivo non vitali Pars I – V.

Wächter bringt in seinen Leipziger Programmen ein völlig erschöpfendes Material für unsere Frage herbei und ist so reichhaltig, daß ich mich hier wohl auf das Allernotwendigste werde beschränken müssen, um seine Stellung zu derselben zu kennzeichnen.

Wächter macht zunächst den Unterschied zwischen eigentlicher und uneigentlicher Lebensfähigkeit bez. Lebensunfähigkeit. Er sagt im § 2: „Vitalitas et non-vitalitas duplici sensu accipi et inde vitalitas et non-vitalitas propria et impropria distingui potest.“ Lebensunfähig sensu latiore ist ihm der partus vivus, cui conditiones ad continuationem vitae necessariae desunt. Die Ursachen der Lebensunfähigkeit können sehr verschieden sein. Der gewichtigste Grund der Lebensunfähigkeit scheint ihm der zu sein, quod embryo matris in utero nondum eam maturitatem assecutus est, qua opus habet, ut carere matris utero eoque relicto sua vi, quod ad maturitatem attinet, seorsum vitam continuare possit. Ein solcher partus gilt ihm für non-vitalis sensu proprio sive imperfectus, immaturus; denn er kann getrennt von der Mutter sein Leben sua vi noch nicht fortsetzen. Für lebensfähig im eigentlichen Sinne d. h. reif hält er dagegen den partus, qui tantum temporis in matris utero

cubuit, ut istam maturitatem assecutus sit. Von der unreifen Geburt müsse aber streng geschieden werden der partus praematurus s. praecox s. intempestivus i. e. qui natus quidem ante tempus naturali partui destinatum et hanc ob causam nondum ordinariam et plenam maturitatem nactus, attamen in tantum maturus est, ut etiam extra matris uterum vitam continuare queat. Lebensunfähig im uneigentlichen Sinne nennt er ein Kind, das eine vitiosa conformatio besitzt, organis ad vitam continuandam necessariis aut deficientibus aut naturae vitiositate laborantibus, etiamsi partus omnino maturuerit et ventre perlatus fuerit."

Es giebt also nach Wächter:

1. Unreife Kinder; diese sind lebensunfähig im eigentlichen Sinne.
2. Reife Kinder, diese sind lebensfähig im eigentlichen Sinne.
3. Frühzeitige, frühreife Geburten, Frühgeburten; auch diese sind lebensfähig im eigentlichen Sinne.
4. Reife Kinder, deren mangelhafte organische Beschaffenheit ein Fortleben unmöglicht macht; diese sind lebensunfähig im uneigentlichen Sinne.

Für rechtsunfähig hält er nun von diesen vier Kategorien nur die unter Nr. 1 benannten Kinder, obschon sie lebend zur Welt gekommen sind. Er sagt im § 3 Absatz I: Zur Entstehung der Persönlichkeit genüge nicht die lebendige Geburt, es müsse auch noch nach der Trennung von der Mutter die Lebensfähigkeit im eigentlichen Sinne hinzutreten. Der noch nicht in diesem Sinne reife Foetus würde durch die Geburt einem sicheren Tode entgegengeführt und können daher durch die lebendige Geburt allein humani juris nicht fähig werden. Er nennt diesen unreifen Foetus einen Abortus, Fehlgeburt, und meint, daß er dem totgeborenen Foetus rechtlich gleichzustellen sei (§ 4). Die älteren Schriftsteller hätten dies auch richtig erkannt, nur wäre das von ihnen herbeigebrachte Beweismaterial unglücklich gewählt gewesen. Namentlich be-

weise nichts für die richtige Meinung l. 3. C. 6, 29. Keineswegs aber werde durch diese Constitutio geleugnet, daß Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit nötig sei. Falsch sei auch die Folgerung der älteren, daß sie aus l. 12 D. 1, 5 cit. und l. 3 § 12 D. 38, 16 cit. schließen, ein Kind müsse, um Persönlichkeit zu erlangen, nach dem 181. Tage seit der Erzeugung geboren werden. Es sei hier, wie schon Seuffert, Dähne und Savigny richtig erkannt hätten nur von der Legitimität und Ingenuität des Kindes die Rede (§ 9). Die Entscheidung der Frage, ob das nicht vitale, lebende Kind Persönlichkeit besitze und rechtsfähig sei, hänge vielmehr von der richtigen Auslegung der Worte abortus und posthumus in l. 2. C. 6, 29 cit. und § 1. J. 2, 13 ab Die Römer setzen nun den abortus dem posthumus entgegen, jener — sagen sie — ist nicht rechtsfähig, dieser rumpiere das Testament. Wächter versteht unter abortus: „Abortus est embryo, qui ex utero materno ejectus statum embryonis nondum superaverat et hac ex causa, ob deficientem maturitatem, utero materno carere et a matre secretus sua vi vitam continuare nequit; est ergo ens non vitale.“ Zu dieser Defination kommt er auf folgendem Wege: „Notioni abortus non inest, mortuum natum esse, sed non vitalem esse. Nullus est juris Rom. fontium locus, qui significet, non nisi mortuos natos abortus esse. Romani abortum et partui et nato opponunt, et abortum facere et parere contraria esse ajunt. Sed nusquam abortum vivo partui opponunt.“

Wächter setzt nun in l. 2 C. 6, 29 cit. diesen so gewonnenen Begriff des abortus ein und kommt dann leicht zu dem Schluß, daß posthumus im Gegensatz zu abortus nur ein lebensfähiges Kind bedeuten könne.

Ueberträgt er weiter posthumus mit der alleinigen Bedeutung von „lebensfähiges Kind“ in l. 3 C. 6, 29 cit., so ist leicht ersichtlich, wozu dies führt. Es ergiebt sich dann auch aus der für unsere Frage wichtigsten Stelle l. 3 cit., daß sie ja von vornherein nur von lebensfähigen Kindern, d. h.

posthumi redet, und infolgedessen gar nicht mehr das Erfordernis der Vitalität zum besonderen Ausdruck zu bringen braucht.

Wächter hat denn auch gar nicht mehr nötig, das vielumstrittene perfecte natus in l. 3, wie dies meist die Anhänger des Vitalitätserfordernisses thun, als gleichbedeutend mit dem vielfach als Kunstausdruck für eine lebensfähige Geburt bezeichneten partus perfectus zu identifizieren. Er übersetzt es dann auch nur — und dies mit vollem Recht — als „vollständig geboren", denn aus der Parallelität der Ausdrücke „si vivus perfecte natus est" und „si vivus ad orbem totus processit" erhellt dies gewiß unzweifelhaft. — Die Beweisführung Wächter's ist eine äußerst scharfe und klare; auffällig dürfte aber an derselben sein, daß Wächter anfangs vielfach Beweismaterial verwirft, welches er dann aber nachträglich im entscheidenden Moment als hauptsächlich für sich geltend macht; so thut er dies namentlich mit l. 3 C. 6, 29.

Was nun den Ausdruck abortus anbetrifft, so erfahren wir im Gegensatz zu Wächter's Definition durch Savigny, daß abortus „jede totgeborene Frühgeburt" bezeichne, Bätschi kommt auf Grund einer sehr eingehenden, vergleichenden Quelleninterpretation zu dem Resultat, daß abortus nur zur Bezeichnung „Totgeborener" verwendet werde, auch Dähne verstehe ich in demselben Sinne, wenn er sagt, in l. 2 C. 6, 29 bezeichne abortus jede von der Mutter getrennte Frucht, deren zur Ausübung der Lebensverrichtungen absolut notwendigen Organe noch nicht die unentbehrliche Vollkommenheit erlangt haben, gleichviel, wie lange nach der Conception diese Absonderung eintrete.

Welche von diesen Interpretationen die richtigere sei, wollen wir vorläufig dahingestellt sein lassen. Soviel aber können wir bereits jetzt aus diesen vielfachen Controversen mit Bestimmtheit entnehmen, daß es an einer gesetzlichen Definition des Begriffes „abortus" fehlt; ob dieselbe durch gelehrte Deductionen zu ersetzen ist, scheint sehr zweifelhaft zu sein, da man bisher sich gegenseitig nicht zu überzeugen vermochte,

obschon sowohl von den Anhängern, als auch von den Gegnern des Vitalitätserfordernisses mit den schärfsten Waffen aus der Rüstkammer der Gesetzeskunde und der Logik gekämpft worden ist.

So folgerichtig nun die Wächter'sche Theorie in ihren einzelnen Gliedern auch ist, so macht sie doch in ihrem constructiven Aufbau einen gekünstelten Eindruck, der ihrer überzeugenden Beweiskraft nicht unbedeutenden Abbruch thut. Das Natürlichere wird hier wohl sein, die einzige Stelle, die wirklich und endgiltig über die Requisite für den Beginn der Persönlichkeit entscheiden will, auch allein darnach zu befragen und nicht schon von vornherein mehr in dieselbe hineinzutragen, als sie wirklich besagen will. L. 3. C. 6, 29 setzt nun zuvörderst für den Beweis des vorhandenen Lebens eines neugeborenen Kindes gar kein bestimmtes Zeichen und verwirft ausdrücklich die Ansicht, daß das vorhandene Leben aus dem Schreien des Kindes erkenntlich sein muß; aber auch auf ein Zeitmaß für die Fortsetzung des erwiesenen Lebens soll es nicht ankommen „licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit". Das nachgeborene Kind rumpiert somit das väterliche Testament schon dadurch, si vivus perfecte natus est, d. h. wenn es nach der vollständigen Trennung von der Mutter lebt. Um ja keinen Zweifel an der Absicht ihrer Bestimmungen aufkommen zu lassen, wiederholt die l. 3 am Schluß ganz überflüssiger Weise nochmals die genannten Requisite zur Erlangung der Persönlichkeit und schließt jetzt auch nach die monstra vel prodigia von der Erbfähigkeit aus. Mit keinem Worte erwähnt die Lex aber das Erfodernis der Vitalität, und sie hätte es gewiß gethan, wenn es in ihrer Absicht gelegen hätte. Während sie die übrigen, schon an sich einleuchtenden, Requisite sogar zweifach erwähnt, hätte sie das nicht minder wichtige und überaus zweifelhafte Erfordernis der Vitalität mit Stillschweigen übergehen sollen? — Gerade das Vitalitätserfordernis wird dem praktischen Juristen in der Beurteilung die größten Schwierigkeiten bereiten, und das Gesetz hätte ihn, wenn es

ihm auch keine Handhabe für eine solche Beurteilung giebt, gewiß nicht über ein solches Requisit überhaupt im Unklaren gelassen. — Sonderbar ist es zum mindesten auch, daß der nach Wächter im eigentlichen Sinne lebensfähige posthumus sofort (illico) nach der Geburt verstirbt. Er besitzt ja doch die Fähigkeit „sua vi vitam continuare“. Es muß ihn also (um es hier nochmals zu wiederholen, der im uneigentlichen Sinne lebensunfähige posthumus ist dem im eigentlichen Sinne lebensfähigen rechtlich gleichzuachten) gleich in der Geburt eine tötliche Krankheit befallen und zwar mit solcher Heftigkeit, daß er sofort daran stirbt. Allzusehr dürfte es hiernach kaum einleuchten, daß die l. 3 cit., wie Wächter meint, von vornherein nur von lebensfähigen Kindern (posthumi) spricht.

Ich schließe aus den angeführten Gründen, daß der Ausdruck posthumus durchaus nicht auf lebensfähige Nachgeborene beschränkt ist, und daß das römische Recht in l. 3 C. 6, 29 Lebensfähigkeit für den Beginn der Persönlichkeit nicht verlangt. Betrachten wir nun noch einmal von diesem Gesichtspunkte aus l. 2 C. 6, 29. — Dernburg sagt, dieses Reskript gäbe nur einen befriedigenden Sinn, wenn man unter abortus eine lebensunfähige und unter posthumus eine lebensfähige Geburt verstünde, denn wenn das Kind totgeboren wäre, so käme es nicht darauf an, ob es abortus war oder nicht. Ich erlaube mir hierzu[1]) zu bemerken, daß man, da das Recht zwischen dem abortus und mortuus natus nicht unterscheidet, man es auch im juristischen Sprachgebrauch nicht mit ihrer Unterscheidung allzu genau genommen haben wird, und oft das eine für das andere einsetzt. Jedenfalls sind die so entstehenden Gegensätze in l. 2 cit. schärfer und wohl auch naturgemäßer, wenn es heißt: Totgeborene rumpieren das Testament nicht, dagegen thun dies lebende, wirkliche posthumi.

Das Resultat meiner Untersuchung, die sich an die Aus-

---

[1]) Im Anschluß an Bätschi, a. a. O.

führungen von Glück, Savigny und Wächter angereiht hat, ist folgendes:

1) Die l. 12 D. 1, 5 und l. 3 § 12 D. 38, 16 beziehen sich nur auf die Präsumtion der Legitimität und Ingenuität.
2) Die Römer stellen das Vitalitätserfordernis beim jus liberorum ex Sc. Tertulliano auf.
3) Keineswegs aber wollen die Römer dem lebensunfähigen Kinde die Existenz als Menschen absprechen.

Nachdem ich im Vorstehenden nachgewiesen zu haben glaube, daß das Erfordernis der Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit im römischen Recht nicht aufgestellt ist, bleibt mir noch übrig, einige Einwände der Pandektisten zurückzuweisen, die das Vitalitätsrequisit als in der Natur der Sache begründet hinstellen. Man hat hier von den Anhängern desselben geltend gemacht: „Ein nicht vitales Kind könne seinen Nebenmenschen nichts nützen und habe daher auch keinen Anspruch auf Rechtsfähigkeit." cf. Oeltze a. a. O. c. 15.

Ich meine aber der Nutzen eines vitalen Kindes, das bald verstirbt, dürfte für die Menschheit auch nicht sehr bedeutend sein.

Ferner sagt man, das Leben eines wegen mangelnder Reife lebensunfähigen Kindes sei ein bloßes Scheinleben, kein wirkliches Leben. — Einen solchen Zwischenzustand von Leben und Tod kennt nun leider die Naturgeschichte bisher noch nicht; es wäre aber gewiß nicht uninteressant darüber Näheres zu erfahren. Man verwechselt hier offenbar, wie Vangerow a. a. O. meint, das Leben mit Bewußtsein mit dem zur Rechtsfähigkeit allein erforderlichen physischen Leben. Ein Leben mit Bewußtsein führt auch das vitale Kind lange Zeit nicht, ein wirkliches physisches Leben dagegen hat das nicht vitale Kind in gleichem Maße wie das vitale; wir nennen eben den Organismus belebt, solange die Teile im Dienste

des Ganzen thätig sind. Vgl. Alex. v. Humboldt Ansichten d. Natur Bd. II S. 312.

Wächter sagt von dem zwar lebenden, aber im eigentlichen Sinne lebensunfähigen Kinde: „spes tantum erat hominis vel animantis; mors vero hanc spem tefellit."

Ist nun aber das in eigentlichem Sinne lebensfähige, bald verstorbene Kind mehr als nur der Keim eines Menschen gewesen? — Täuscht nicht auch hier der Tod die auf dasselbe gesetzte Hoffnung? — Was rechtfertigt endlich die verschiedene rechtliche Behandlung des im eigentlichen und uneigentlichen Sinne lebensunfähigen Kindes? Beiden ist baldiger Tod gewiß, warum sollte da das Recht zwischen ihnen unterscheiden?

β) Das ältere deutsche Civilrecht.

Dieselbe Controverse betreffs des Erfordernisses der Vitalität als Bedingung für die Rechtsfähigkeit des Neugeborenen besteht, wie im römischen, so auch im deutschen Privatrechte unter den Rechtslehrern auf Grund der abweichenden Quelleninterpretation. Jedoch ist dieses Thema von den Lehrern des deutschen Privatrechts nicht mit derselben Gründlichkeit erörtert worden, wie dies die Pandektisten gethan haben. Von den 181 Tagen des römischen Rechts oder einer ähnlichen zeitlichen Präsumtion der Lebensfähigkeit sind wir im deutschen Privatrecht befreit, und so lassen sich betreffs der Meinungsverschiedenheiten nur zwei Gruppen in der Litteratur bilden, von denen auf Grund der Quellen die eine Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit erfordert, die andere deren Notwendigkeit nicht verlangt.

Vitalität fordern: v. Sydow 1828 Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels § 12 S. 55. — Eichhorn 1845 Einleitung in d. deutsch. Privatr. § 34 S. 790. — Philipps 1846 Grundsätze d. gemein. deutsch. Privatr. S. 252. — Walter 1855 System d. gem. deutsch. Privatr. S. 53. — Bluntschli 1853 Deutsch-

Privatr. Bd. I S. 41. — Hillebrand 1861 Lehrbuch d. heut. gemein. deutsch. Privatr. Bd. I S. 127. — Stobbe 1871 Handbuch d. deutsch. Privatr. Bd. I S. 222. — Zeiller 1835 System d. gem. deutsch. Privatr. § 57 S. 219. — Gengler 1876 Deutsches Privatr. § 18 S. 50. — J. Grimm Rechtsaltertümer S. 75.

Das Vitalitätserfordernis stellen nicht auf: Maurenbrecher 1840 Lehrb. d. deutsch. Privatr. Bd. I § 127. — Heußler 1885 Institutionen d. deutsch. Privatr. § 21 S. 101 Bätschi a. a. O.

Die citierten Lehrbücher des deutschen Privatrechts gehen auf unsere Frage zum ist nur mit recht kurzen Bemerkungen ein, so daß wir aus ihnen ein anschauliches Bild kaum darüber gewinnen können, ob in Deutschland vor der Reception des röm. Rechts Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit erforderlich gewesen sei oder nicht. Die meisten Schriftsteller verwechseln augenscheinlich den Beweis des Lebens mit dem der Lebensfähigkeit; wenige bringen überhaupt etwas Positives über das Vitalitätserfordernis herbei, lassen es dann aber an einer genaueren Auslegung der quellenmäßigen Ausdrücke fehlen. Es erübrigt daher nur, daß wir die Quellen — soweit sie über unsere Frage Auskunft geben — selbst prüfen.

Lex Alamann. tit. 92. „Si qua mulier, quae hereditatem paternam habet, post nuptum praegnans peperit puerum et ipsa de partu mortua fuerit et infans vivus remanserit aliquanto spatio, vel unius horae, ut possit aperire oculos et videre culmen domus et quattuor parietes et postea defunctus fuerit, hereditas materna ad patrem ejus pertinet eo tamen, si testes habet pater ejus quod vidissent illum infantem oculos aperire et potuisset culmen domus videre et quattuor parietes."

Diese Lex bestimmt, daß das Kind, um die Erbschaft der bei der Geburt verstorbenen Mutter auf den Vater übertragen zu können, nur eine kurze Zeit, und sei es auch nur eine Stunde, gelebt haben müsse; ferner verlangt sie das Auf-

schlagen der Augen und das Anschauen des Hausgiebels und der vier Wände des Hauses seitens des Kindes. Man wird zugeben müssen, daß dies alles nur Zeichen des wirklich vorhandenen Lebens sein sollen, keineswegs der Lebensfähigkeit. Sollte man jedoch einwenden, daß hier die Fähigkeit, das Leben wenigstens während einer Stunde fortzusetzen, verlangt werde, so möchte ich darauf erwidern, daß dies kaum im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben mag. Da man damals noch nicht kleinere Einheitszeitmaße als die Stunde kannte, ist hier eine Stunde beispielweise für eine kurze Spanne Zeit erläuternd dem aliquanto spatio beigefügt. Es würde aber selbst dies einstündige Leben des Kindes durchaus noch nicht für dessen Lebensfähigkeit sprechen, da sowohl das wegen Unreife als auch das wegen fehlerhafter Bildung der Organe lebensunfähige Kind sogar tagelang noch zu leben vermag (vgl. Caspar-Liman a. a. O. I. S. 4).

Die lex Alamann. tit. 92 verlangt somit nur das Leben, nicht die Lebensfähigkeit zur Erbfähigkeit des neugeborenen und bald verstorbenen Kindes.

Fast die gleichen Erfordernisse wie die lex Alam. für die Erbfähigkeit des Neugeborenen stellt das Schwäbische Landrecht c. 324 auf: „daz kint geniset also lange . wile . daz ez div ougen vf getût. unde siht die vier wende dez huses. daz kint hat geerbet siner mûter gût."

Es ist hier nur die Zeitbestimmung einer einstündigen Lebensdauer weggefallen, und so kann wohl dasselbe wie von der lex Alamannorum gelten.

Einige ältere deutsche Rechtsbücher machen die Erbfähigkeit vollkommen von der Taufe abhängig; so bestimmen die L. L. Scaniae v. 1163: „Non regeneratus baptismatis sacramento, ac si nunquam fuisset generatus, nullum potest hereditatis commodum obtinere." Mit fast humoristischer Kürze und Schneidigkeit äußert sich d. Jütsche Low. 1. 1. § 1.: „Is dat kindt gedöft, so ervet idt, unde anders nicht.."

Von dem Erfordernis der Lebensfähigkeit finden wir in diesen Gesetzen nichts.

Der Sachsenspiegel verlangt von dem neugeborenen Kinde, wenn es für erbfähig gelten soll, daß es von Zeugen und zwar vier Männern und zwei Frauen, die der Mutter bei der Geburt behülflich gewesen sind, gehört sei. Ssp. I. art. 33:

No vernemet vmme en wif die kint dreget na irs mannes dode, vnde sik barehaft bewiset to der bigraft oder to me drittegesten: wirt das kint leuendich geborn, vnde heuet de vrowe des getüch an vier mannen det gehort hebbet, vnde an tven wiuen de ire hulpen to irme arbeide, dat kint behalt des vader erue; unde stirft it dar na, it erft up de muder, of sie yme euenbürdlich is, vnde brict al gedinge an des vader lene, wendit leuede na des vader dode, so werdit de len den herren ledich, of it kint bewist wird unde gesen also grot, dat is lifhaftich mochte wesen. Wirt it aver to der kerken gebracht openbare, sve it siüt vnde hort, de mot sines liues wol getüch wesen.

Als Beweis für das Leben des neugeborenen Kindes wird hier das Schreien desselben erfordert, man setzte naiverweise die regelmäßig erste Kundgebung des Kindes dem vorhandenen Leben gleich. Und zwar muß das Kind die vier Wände des Hauses beschreien, wie das sächsische Lehnrecht art. 20 S. 1 bestimmt.

Svenne die sone na des vader dode levet also lange, dat man sine stimme gehoren mach in vier wenden des huses, so ist he beerft mit sines vader lene unde hevet it gevernet alle den die it gedinge daran hadden.

Diesem im Sachsenspiegel aufgestellten Erfordernis des Beschreiens der vier Wände, gleichsam als Legitimation des Kindes zum Dasein, schließen sich an die Eisennacher Statuten von 1670 I. 4. art. 7., Wursterlandrecht I. 1, Magdeburger Weichbild 86. Von der formellen Art des Beweises wollen wir (vorläufig) absehen: materiellrechtlich bleibt für uns zu

untersuchen übrig, ob das Schreien des Kindes allein die in den citierten Stellen vorkommenden rechtlichen Folgen nach sich zieht. — Erwähnen will ich hierbei, daß wohl kaum jemand ein Kind, das schreiend zur Welt kommt oder bald nachher sein Unbehagen eben dadurch kund giebt, deshalb für lebensfähig halten möchte. Ganz ohne Zweifel wird ein nicht vitales Kind, wenn nicht gerade die den Schrei hervorbringenden Organe verkümmert sind, eben so gut die vier Wände beschreien können, als dies ein vitales thut. Dies ist wohl auch nicht der Stein des Anstoßes gewesen, weshalb die Germanisten nach dem Sachsenspiegel Lebensfähigkeit für den Beginn der Rechtsfähigkeit teils erfordern, teils für nicht notwendig erachten. Es ist vielmehr das Erfordernis, das in dem Passus „also grot, dat is lifhaftich mochte wesen“ in art. 33 cit liegt, welches die Controverse hervorgerufen hat. Das Wort „lifhaftich“ ist nun sehr vieldeutig.

Stobbe übersetzt es mit „lebensfähig“, Eichhorn mit „leibhaftig, lebensfähig“, Hillebrand mit „ausgetragen“, Bätschi mit „lebend, lebendig“, J. W. Grimm deutsches Wörterbuch mit „Leben habend, lebenskräftig“, Lexer mittelhochdeutsches Handwörterbuch, lîphaftic = Leben habend, lebensfähig, Homeyer des Sachsensp. 1. Theil lifhaftich = lebensfähig, von Richthofen altfriesisches Wörterbuch lifheftich = leibhaftig, des Lebens teilhaft, belebt, am Leben, Heußler, lifhaftich = ausgetragen, wie es das Schwyzer Landrecht II. 4. beschreibt: also gebildet, daß man an ihm kuntlich erkennen mag, ob es Haar, Haupt, Augen, Mund, Hände oder Füße, oder der Zeichen eines habe, oder ob es männlichen oder weiblichen Geschlechts sei.

Lifhaftich kann somit lebend, Leben habend, lebenskräftig, lebensfähig, leibhaftig 2c. bedeuten. Die grammatische Interpretation dürfte daher bei dieser Vielseitigkeit des Wortes lifhaftich kaum ergeben, was Eike v. Repkow mit dem Ausdruck „also grot, dat is lifhaftich mochte wesen“ gemeint hat, und wir sind somit nur auf die logische Interpretation

angewiesen. Aus dem Sinne der ganzen Stelle, meine ich, geht aber mit unzweifelhafter Sicherheit hervor, daß man aus der Größe des Kindes nur auf die Möglichkeit schließen will, daß es überhaupt gelebt resp. geschrieen haben könnte.

Ich stelle mir den Gedankengang des Autors in Art. 33 folgendermaßen vor: Es genügt für die Erbfähigkeit des bald verstorbenen posthumus, daß vier Männer und zwei Frauen dessen Leben aus dem Schreien erkannt haben, ist diese Anzahl von Zeugen bei der Geburt selbst nicht zugegen gewesen, so kann sie ergänzt werden aus denen, welche das Kind haben zur Kirche tragen sehen und dabei des Kindes Stimme vernommen haben. Es kann nun aber vorkommen (— und dieser Fall mag sich bei der überaus treuen Ergebenheit der Lehnsleute und Dienerschaft in damaliger Zeit der Herrschaft gegenüber nicht allzu selten ereignet haben, daher wohl auch die große Zahl der erforderten Zeugen —), daß im Streitfalle zu Gunsten der Herrin falsch Zeugnis abgelegt werde. In solch' einem zweifelhaften Falle soll nun der Richter aus dem Aussehen und der Größe der Kinderleiche beurteilen, ob es darnach wohl möglich wäre, daß das Kind „lifhaftich mochte wesen". In diesem Sinne kann aber lifhaftich nur lebend bedeuten; denn es wäre doch sonderbar, wenn man in dem zweiten Falle mehr verlangte als im ersten. Dort wird aber nur das durch Schreien bekundete Leben verlangt. Und im Streitfalle sollte man nun auch noch Lebensfähigkeit verlangen? Seine Lebensunfähigkeit beweist ja außerdem das infragestehende Kind auch dadurch, daß es sofort nach der lebendigen Geburt verstirbt.

Lebensfähigkeit erfordert wird somit wohl nicht im Ssp. I art. 33 für die Erbfähigkeit des Neugeborenen, sondern nur Leben und das getüch sines liues wird aus dem Beschreien der vier Wände erkannt.

Ganz ohne Grund hat man hierher gezogen die Stelle Sachsenspiegel I. 36 51:

„Svenne dat wif erst man nimt, wint se kint na

erer rechten tiet, dat dat kint leven moge, man mach it bescelden an sime rechte, went it to vro geboren is.“

Es handelt sich hier gar nicht, wie man wohl angeführt hat, um Lebensfähigkeit als Bedingung zur Rechtsfähigkeit, sondern darum, ob eine reife, ausgetragene und fortlebende Erstgeburt, die, nach dem Geburtstermin zu urteilen, augenscheinlich nicht im Ehebett gezeugt ist, die Rechte eines ehelichen Kindes erlangen kann.

Auch die Stadtrechte verlangen nur das vorhandene Leben, nicht Lebensfähigkeit. So das Goslarer Statut:

„Wert en kind lebendich geborn, dat man betogen mach, sint veer Frawen de dat hebben gehord, dat id de veer Wende bescriede, de der Moder tho oreme Arbeyden hulpe, so is id Erve.“

Eisenacher Statuten 1670 I. 4 art. 7:

„Stürbe aber das Kind zu Hand nach der Geburt, so fällt das Gut und Erbe auf die Mutter, sie muss aber mit der Wehemutter so ihr in der Geburt geholfen, und mit noch einer ihres Nachbarn Frauen beweisen, dass das Kind nach der Geburt gelebet und d. h. die vier Wände beschreien.“

Auch das altfriesische Landrecht von 1515 c. 193 verlangt nur das Leben: „id es oek an dem gar nicht gelegen, of kind gestorben und sine stimme von einem gehort worden war, sondern is gemach, dat is levendig es geboren.“

Im Vorstehenden glaube ich nun erwiesen zu haben, daß die älteren deutschen Privatrechte Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit nicht erfordern, sondern nur die lebendige Geburt, und daß die gesetzmäßig erforderten Bethätigungen des Lebens nur zum Beweise des vorhandenen Lebens selbst benutzt werden. Ein rechtlicher Unterschied dürfte kaum hierbei zwischen dem Augenaufschlagen des Schwabenspiegels und dem Beschreien der vier Wände des Sachsenspiegels zu machen sein; derselbe wird wohl nur auf verschiedener Beobachtung beruhen. Die schwäbischen Kindlein mögen sich bei dem

wichtigen Acte der Geburt zumeist recht manierlich betragen und nur eine große Neugier für ihre Umgebung an den Tag gelegt haben, während die sächsischen Jungen ihrem Erstaunen oder Mißbehagen energischeren Ausdruck zu geben pflegten.

γ) Die modernen Codificationen.

Wesentlich einfacher gestaltet sich unsere Frage betreffs der neueren deutschen Civilgesetzbücher, da dieselben sich klar und bestimmt ausdrücken und so Zweifel über die Absicht ihrer Bestimmungen nicht aufkommen lassen.

Trotzdem nun stets heftige Meinungsverschiedenheiten unter den Rechtslehrern über die Stellung der Quellen, sowohl des römischen als auch des deutschen Privatrechts, zur Vitalitätsfrage herrschten, und trotzdem von den Anhängern des Vitalitätserfordernisses lebhaft auch de lege ferenda dafür plaidiert worden ist, so haben doch die modernen deutschen Codificationen dies Erfordernis zumeist verworfen; nur das Landrecht für das Großherzogtum Baden, das aber wegen seines französischen Ursprungs eigentlich nicht zu den deutschen Gesetzbüchern zu rechnen ist, verlangt unter den wichtigeren Civilrechten für den Beginn der Persönlichkeit auch Lebensfähigkeit.

1) Der Codex Maximilianeus Bavaricus vom Jahre 1756 bestimmt im § 2 d. 3. Kap. I. Teil:

„Gebohrne, welche der Rechten theilhaftig werden sollen, müssen 4to in menschlicher Gestalt lebendig zur Welt kommen, im Zweifel aber, ob sie lebendig oder todt gebohren, ist regulariter darauf zu sehen, ob die Geburt vollkommen, von einer gesunden Mutter, und zur rechten Zeit geschehen seye. Bey diesen Umständen wird vermuthet, daß das Kind gelebt habe, sonst aber nicht, so lange das Gegentheil nicht erwiesen ist."

Materiellrechtlich wird hier nur für die Rechtsfähigkeit des Kindes menschliche Gestalt und Leben desselben nach der Geburt verlangt, die hierauf für Streitfall aufgestellte Lebensvermutung soll lediglich als prozessuales Beweismittel dienen.

2) Das preußische Landrecht sagt I. 1. §§ 12. 13:

„Bürgerliche Rechte, welche einem noch ungeborenen Kinde zukommen würden, wenn es zur Zeit der Empfängnis schon wirklich geboren wäre, bleiben demselben auf den Fall, daß es lebendig zur Welt kommt, vorbehalten. § 13. Daß ein Kind lebendig zur Welt gekommen sei, ist in dieser Beziehung schon für ausgemittelt anzunehmen, wenn unverdächtige, bei der Geburt gegenwärtig gewesene Zeugen die Stimme desselben deutlich vernommen haben".

Das A. L. R. verlangt somit nur Leben, nicht Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit. Ob das A. L. R. für den Beweis des vorhandenen Lebens nur das Gehörtwerden der Stimme zuläßt, ist aus der Abschwächung durch das Wort „schon" im § 13 nicht recht ersichtlich, doch hat sich die Praxis für die Zulässigkeit auch jedes anderen untrüglichen Lebenszeichens ausgesprochen.

3) Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/65 in §§ 32—34.

„Die Rechtsfähigkeit einer Person beginnt mit deren Geburt. Ungeborene werden von der Zeit ihrer Empfängnis an vorläufig den Geborenen gleich geachtet, soweit es sich um ihren rechtlichen Vorteil handelt. Totgeborene werden so betrachtet als wären sie nicht empfangen worden. § 33 schließt die monstra von der Rechtsfähigkeit aus. § 34. Im Zweifel, ob ein Kind lebendig oder tot geboren sei, wird das Erste vermutet."

Auch hier wird also nur lebendige Geburt und menschliche Gestalt des Kindes zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erfordert.

4) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich sagt im § 3:

„Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Geburt und endet mit dem Tode". Die Motive hierzu erklären, daß das im französischen und badischen Rechte aufgestellte Erfordernis der Lebensfähigkeit, das auch im gemeinen Rechte Vertreter gefunden habe, nicht angenommen worden sei, da practische Bedenken gegen dasselbe vorlägen, wenn auch manches für die innere Berechtigung desselben spräche.

II. Das Vitalitätsrequisit im Criminalrecht.

a. Das gemeine deutsche Strafrecht.

Im Criminalrechte ist die Vitalitätsfrage nicht minder lebhaft verhandelt worden, wie im Civilrechte, und auch hier sind die abweichendsten Anschauungen über die Notwendigkeit oder Nichtnotwendigkeit der Lebensfähigkeit für den Beginn der Persönlichkeit geltend gemacht worden. — Sind die Consequenzen dieser Frage schon im Civilrecht von bedeutender Tragweite, so sind sie es in noch höherem Maße im Criminalrechte. Im ersteren wird das nicht vitale Kind immer nur ein Durchgangspunkt für die Übertragung von Rechten sein, und ihm selbst wird der Genuß der ihm vom Gesetze zugebilligten Rechtsgüter kaum zu teil werden, im letzteren dagegen tritt es selbstständig und allein als Träger von Rechten in den Vordergrund. Handelt es sich dort nur um Eigentumsrechte, so fragt es sich hier, ob das höchste der menschlichen Güter, von dem der Erwerb aller übrigen abhängt, das Leben und die Körperintegrität an dem neugeborenen, nicht vitalen Kinde in gleichem Maße unter dem Schutze des Gesetzes steht, wie an dem vitalen. Die Ansichten hierüber stehen sich schroff gegenüber. Die eine leugnet überhaupt die Möglichkeit eines Verbrechens an dem nicht vitalen Kinde, da es ein für Verbrechen absolut untaugliches Object sei. Man nimmt hierbei die Lebensfähigkeit als wesentlichen Bestandteil (vgl. Savigny a. a. O.) des corpus delicti an, so daß bei dem Mangel derselben alle Strafe wegfallen muß. Diese Ansicht fand ihre Hauptvertreter in v. Feuerbach 1847 (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts § 236) und Mittermaier (Neues Archiv des Criminalr. 1825 7. Bd. S. 304—328), welch' letzterer die äußersten Consequenzen dieser Lehre zog.

Eine zweite Ansicht geht dahin, daß Lebensfähigkeit nicht nötig sei, um ein neugeborenes Kind des Schutzes des Gesetzes teilhaftig werden zu lassen, sondern daß das bloße Leben hinreiche, um als Mensch anerkannt und geschützt zu werden.

Diese Anschauung ist heutigen Tages sowohl im Gesetz als auch in der Wissenschaft die herrschende, aber auch früher hatte sie schon viele Anhänger Vgl. Martin 1825 Lehrbuch des teutschen gem. Cr.-R. § 107. Jarke 1827 Handbuch d. gem. deutschen Strafr. Bd. 3. S. 277. Henke Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft § 165. S. 139. v. Savigny a. a. O. Berner 1888 Lehrbuch d. deutsch. Strafr. 506 und Liszt Lehrbuch des deutsch. Strafr. 1891 S. 320. Bätschi a. a. O. Zwischen diesen beiden principiell gegenüberstehenden Theorien vermittelt eine dritte, welche die Vitalität zwar nicht fordert, aber in ihrem Mangel einen Strafmilderungsgrund sieht, und hierbei hat man wieder bei der Strafzumessung unterschieden zwischen der Kenntnis und der Nichtkenntnis der vorhandenen Nichtvitalität. Diese Ansicht vertreten namentlich Carpzow: practicae novae imp. sax. rer. crim. pars I. quaest. XI. observat. VII—IX. und Püttmann 1779. Elementa jur. crim. § 339.

All' diese genannten Anschauungen fanden auch, wie wir unten sehen werden, gesetzlichen Ausdruck in den deutschen Strafgesetzbüchern unseres Jahrhunderts. Eine eingehendere Besprechung dieser so sehr von einander abweichenden Theorien wird erst bei der Interpretation des art. 131. der Constitutio Carolina Criminalis zweckmäßig stattfinden können, da sie sich alle im Anschluß an die verschiedene Auslegung dieses Gesetzestextes entwickeln.

In der Praxis wird die Vitalitätsfrage im Criminalrechte hauptsächlich beim eigentlichen Kindesmorde d. h. bei der Tötung eines unehelichen Kindes durch die Mutter in oder kurz nach der Geburt verhandelt werden, da dies Verbrechen das bei weitem häufigste gegen die Persönlichkeit des Kindes ist. Auch die Strafgesetzbücher und die Lehrbücher des Strafrechts äußern sich fast durchgängig im Anschluß an den eigentlichen Kindesmord über das Requisit der Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit; man vergißt dabei aber oft, die

Tötung neugeborener Kinder durch andere Personen als die außerehelich gebärende Mutter in gehörige Erwägung zu ziehen.

Hervorgehoben zu werden verdient hier, daß man im Strafrecht den Unterschied zwischen eigentlicher und uneigentlicher Lebensunfähigkeit nicht macht; ein solcher Unterschied ist auch weder im Recht selbst noch in der Natur der Sache begründet.

In den Quellen des gemeinen Strafrechtes finden wir, wie uns Spangenberg (Neues Archiv d. Criminalr. 1820 S. 1—32) versichert und Jordan (1844 Über d. Begriff u. d. Strafe des Kindsmordes nach d. peinl. Gerichtsordn. Karl's V.) bestätigt nichts, was darauf schließen ließe, daß im römischen Rechte und den germanischen Volksrechten auf das Vorhandensein der Vitalität oder Nichtvitalität bei der Tötung oder Verbrechen gegen die Körperintegrität des neugeborenen Kindes Rücksicht genommen worden wäre. Im römischen Rechte umfaßte das, in der patria potestas enthaltene, jus vitae ac necis alle Hauskinder des pater familias, ohne Unterschied, ob sie Lebensfähigkeit besaßen oder nicht. An Dritten und an der Mutter wird die Kindestötung gleich jeder anderen Tötung ohne Rücksicht auf die Lebensfähigkeit gestraft, da weder die lex Cornelia de sicariis noch die lex Pompeja de sicariis den Kindesmord als ein besonderes Verbrechen kennen. Vgl. hierzu c. 8. C. IX. 16. ad leg. Corn. de sic. „Si quis necandi infantis piaculum aggressus, aggressave sit, sciat, se capitali judicio esse puniendum."

„Auch in den deutschen Rechten läßt sich die Vitalität als Bedingung der Rechtsfähigkeit nicht nachweisen." (Jordan a. a. O.) Gleichwie in Rom mit der patria potestas, ist in den deutschen Volksrechten die Befugnis, neugeborene Kinder auszusetzen und zu töten, mit der Mundschaft verbunden. Die Aussetzung oder die Tötung des Kindes konnte von dem dazu berechtigten Inhaber des Mundiums vor der Lustration oder vor der ersten Nährung, d. h., ehe das Kind der Mutter Brust getrunken hatte, stattfinden, da man glaubte, daß das Kind erst nach diesen Ereignissen ein Recht auf das Leben

überhaupt erworben habe. Durch den Einfluß des Christentums wurde die barbarische Sitte der Kindestötung und Aussetzung beseitigt, und so straft dieselbe schon das Rechtsbuch der salischen Franken tit. 29 § 5. „Si quis infantem in ventre matris suae, aut natum, aut antequam nomen habeat, infra VIII. noctes occiderit, IIII denariis, qui faciunt solidos centum, culpabilis judicetur."

Das corpus juris canonici nimmt in cap. 2 und 3 X. (V. 10), wo es von der Kindestötung handelt, auf die Vitalität keine Rücksicht.

Die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. spricht von dem Kindesmord in Artikel 131. Kindestötung ist im Sinne des Art. 131[1]) Tötung eines lebendigen, neugeborenen Kindes durch die Mutter, ohne Unterschied, ob es in der Ehe oder außer derselben erzeugt ist, und zwar muß dasselbe außer dem Leben auch noch Gliedmaßen empfangen haben. Aus den Worten des Art. 131 „das leben und gliedmaß empfangen hett" und „ein lebendig gliedmessig kindlein" stammt nun die Controverse her, ob im gemeinen Strafrechte Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit zu erfordern sei oder nicht, indem die Anhänger der Vitalitätslehre für sich geltend machen, daß

[1]) C. C. C. art. 131. „Etliches Weib ihr kindt, daß leben und gliedmaß empfangen hett, heimlicher, boßhaftiger, williger weiß ertödtet, die werden gewönlich lebendig begraben und gepfälet. Aber darinnen verzweiflung zu verhüten mögen dieselben vbelthäterin, in welchem Gericht die bequemlicheit des Wassers dar zu vorhanden ist ertrenckt werden. Wo aber solches vbel offt geschehe, wollen wir die gemelten gewohnheit des vergrabens und pfälens, umb mehr forcht willen, solcher boßhafftigen Weiber auch zulassen, oder aber daß vor dem ertrencken die vbelthäterin mit glüenden zangen gerissen werde, alles nach rath der rechtuerstendigen. — So aber ein Weibßbild, als obsteht, ein lebendig gliedmessig kindlein, daß nachmals tot erfunden, heimlich geborn und verborgen hett, vnd so dieselbig erkundigte Mutter bespracht würd, entschuldigungs weiß fürgeben, als dergleichen jhr zu zeiten, an uns gelanget, wie das kindlein ohne jr schuld todt von jr geboren sein solt, wolt sie dann solche ihr vnschuldt durch redlich gut ursachen vnd umbstende durch kundschaft ausführen. . .

die C. C. C. unter Gliedmäßigkeit Lebensfähigkeit verstehe und nur bei dem Vorhandensein dieses Requisites die ordentliche Strafe des Ertränkens festsetze.

Es fragt sich somit, was die Worte „gliedmaß" und „gliedmessig" bedeuten sollen.

Sparenberg a. a. O., Bätschi a. a. O., Jarke a. a. O., Martin a. a. O., Salchow Lehrbuch S. 201 sagen, die Carolina wolle damit ein wirkliches Kind im Gegensatz zum monstrum bezeichnen; dieselbe Absicht wollen wohl auch Gobler und Remus der C. C. C. mit ihren Übersetzungen unterlegen. — Das Requisit der Lebensfähigkeit entnehmen diesen Ausdrücken: Carpzow a. a. O., Feuerbach a. a. O., Jordan a. a. O., Mittermaier in Note III. zu Feuerbach § 237.

Bei all diesen grammatischen Interpretationen, die uns auch im Civilrecht vielfach begegnet sind, scheint es mir immer, als ginge man schon von vornherein mit dem Gedanken an dieselben heran, der Gesetzgeber habe hier für spätere Auslegungen ein Preisrätsel aufgegeben, dessen Sinn natürlich möglichst versteckt liege, anstatt einfach die Worte zu lesen und zu verstehen, wie sie niedergeschrieben sind. — Hätte der Gesetzgeber in art. 131 Lebensfähigkeit für den Beginn der Persönlichkeit erfordern wollen, so standen ihm ohne Zweifel Worte zur Verfügung, die dies Requisit zum klaren und bestimmten Ausdruck gebracht hätten. — Bestechender ist schon die andere Interpretation, daß die Carolina als Gegensatz eines gliedmäßigen Kindes das monstrum in art. 131 meine. Daß die C. C. C. das monstrum überhaupt vom Schutze des Gesetzes ausschließen wollte, und daß man in damaliger Zeit fest an die Existenz von Mondkälbern und dergleichen Ungeheuern glaubte (vgl. Ploucquet „Vom menschlichen Alter" Tübingen) steht nun wohl unzweifelhaft fest, ich glaube aber nicht, daß es im Sinne des art. 131 gelegen hat, das gliedmäßige Kind dem monstrum entgegenzusetzen. Die C. C. C. hätte auch dies gewiß mit Worten zum schärferen Ausdruck gebracht; man sucht und findet wohl in den Worten „glied-

maß" und „gliedmessig" mehr, als sie besagen wollen. — Ich kann mich aus den angeführten Gründen für keine dieser Interpretationen entscheiden und möchte den Text des Gesetzes einfach dahin verstehen, daß außer dem Leben des infragestehenden Kindes auch noch verlangt wird, dasselbe müsse bereits in deutlich erkennbarer Weise alle Glieder des menschlichen Körpers besitzen, um den Thatbestand des Kindesmordes perfect zu machen. In Anbetracht der damaligen Lehre vom foetus animatus und inanimatus scheint mir das Requisit des Lebens sehr wohl des Zusatzes der Gliedmäßigkeit zu bedürfen, um den Embryo vom wirklichen, ausgebildeten Kinde zu unterscheiden. An das Erfordernis der Lebensfähigkeit hat aber dabei die Carolina nicht gedacht; macht sie doch auch bei der peinlichen Frage (am Schlusse des art. 131) nur den Unterschied zwischen tot und lebendig, ohne etwas über die Untersuchung nach der Lebensfähigkeit zu bestimmen. Noch viel weniger aber wollte sie bei der Tötung eines lebensunfähigen Kindes Straflosigkeit eintreten lassen; bestraft sie doch schon die Abtreibung als Totschlag mit dem Schwert.

Diesen Sinn haben die Anhänger des Vitalitätserfordernisses der Carolina gewaltsam aufgedrängt, um ihre Theorie gesetzmäßig zu begründen. Man hatte dabei im Auge, die sehr harte Strafe des Ertränkens, die sogar „vmb mehr forcht willen" noch qualificiert werden konnte, von der Kindesmörderin abzuwenden. Ja, die C. C. C. hat zu diesem Gedanken selbst den Anlaß gegeben, da sie von der früher gebräuchlichen, grausamen Strafe des Pfählens und Lebendigbegrabens absteht. Aber die schonende Rücksicht für die Kindesmörderin kann, wie Savigny richtig sagt, die Frage nach der Lebensfähigkeit für den Beginn der Persönlichkeit nur verdunkeln; denn wir dürfen nicht vergessen, daß der Ausgangspunkt dieser gelinderen Bestrafung immer nur auf Seiten des, das Verbrechen ausübenden, Subjects, d. h. der außerehelich gebärenden Mutter, nicht auf Seiten des Verbrechensobjectes liegt. — Wozu die Vitalitätslehre im Criminalrecht in ihren notwendigen Conse-

quenzen führen kann, zeigt am deutlichsten Mittermaier. Nach seiner Theorie könnte schließlich jeder beliebige Dritte ein lebensunfähiges Kind töten, ohne dem Gesetze zu verfallen. Eine solche Bestialität, die meist den niedrigsten und gemeinsten Motiven entspringen wird, gesetzlich straflos zu lassen, dürfte doch ein sehr gewagtes Experiment sein. Um die unehelich gebärende Kindesmörderin möglichst zu schonen, wird man in den Consequenzen der Vitalitätslehre aus lauter Menschlichkeit zum Unmenschen. — An inneren Gründen macht Mittermaier für sich noch geltend: „Das nicht lebensfähige Kind hat aber noch gar nicht wirklich zu leben angefangen, hier ist es gewiß, daß ihm kein Leben geraubt wurde, da das, was man Leben nennen könnte, kein dauernd begründetes, wahres Leben ist.“ Über das sog. Scheinleben ist bereits im Civilrechte des Näheren gesprochen worden. Wir nennen eben einen menschlichen Körper belebt, wenn das Herz schlägt, das belebende Blut durch die Adern rinnt und so augenscheinliche Bethätigungen des vorhandenen Lebens hervorruft. Ein „dauernd begründetes“ Leben dürfte nur die mythische Figur des ewigen Juden führen. Alles was entsteht — und so auch das menschliche Leben — ist eben darum, weil es entstanden ist, nicht dauernd begründet. Auf eine längere oder kürzere Dauer der Fortsetzung des so verschieden begrenzten Lebens kann es für das Vorhandensein desselben nicht ankommen. Das Leben selbst und den dasselbe umfangenden Körper schützt das Recht.

Mehr für sich hat schon die Theorie, welche die mangelnde Lebensfähigkeit nur als Milderungsgrund angesehen wissen will; die Anhänger derselben dehnen sich auch nur auf den eigentlichen Kindesmord aus. Aus Gründen der Humanität läßt sich dieselbe der außerehelich gebärenden Kindesmörderin gegenüber in Ermangelung etwas Besseren wohl annehmen; doch macht man sich dabei immerhin einer auffälligen Inconsequenz schuldig. Wir dürfen auch hier nicht übersehen, daß die mangelnde Vitalität des getöteten Kindes immer nur bei den

harten Strafen des gemeinen Rechtes mit einiger Berechtigung als Milderungsgrund gelten dürfte. Das Verbrechen als solches bleibt bestehen; der Wille zu töten und die demselben folgende, mit Überlegung ausgeführte, That machen das Verbrechen des Mordes vollendet.

Im Vorstehenden glaube ich erwiesen zu haben, daß in den Quellen des gemeinen Strafrechts Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit nicht gefordert wird, und daß auch aus inneren Gründen das Vitalitätserfordernis nicht gerechtfertigt erscheint.

b. Die moderne Strafgesetzgebung.

Die neueren Gesetzgebungen haben unter dem Einflusse der divergierenden Theorien der Kriminalisten Vitalität teils erfordert, teils für nicht notwendig erachtet, teils lassen sie den Mangel der Vitalität als Milderungsgrund gelten.

Vitalität erfordert zum objectiven Thatbestand des Kindesmordes das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 art. 157. T. I. Nach demselben soll eine Mutter, welche ihr uneheliches, neugeborenes, lebensfähiges Kind absichtlich um das Leben bringt, zum Zuchthaus verurteilt werden.

Als mildernden Umstand läßt das sächsische Criminalgesetzbuch von 1838 art. 126 die mangelnde Vitalität beim Kindesmorde gelten und setzt in solchen Fällen die Strafe auf die Hälfte herab.

Das Strafgesetzbuch von Würtemberg von 1839 art. 249 bestraft den Kindesmord bei vorhandener Lebensunfähigkeit nur nach den Bestimmungen über den Versuch.

Vitalität erfordern nicht zum Thatbestand des Kindesmordes des A. L. R. II. 20. §§ 965. 968. 969 und das Strafgesetzbuch für die preuß. Staaten von 1851 § 180. Von Interesse dürfte sein, daß das letztere Gesetzbuch in seinem Entwicklungsgange vom ersten Entwurf aus dem Jahre 1829 bis zu seinem Inkrafttreten im Jahre 1851 zu Zeiten jede dieser genannten Theorien aufgenommen hatte. Vgl. Golt-

dammer 1852 S. 383. Materialien zum Strafgesetzbuche für die preuß. Staaten.

Daß das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich Vitalität nicht für notwendig erachtet im § 222 des Str. G. B., besagt eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. Okt. 1880. vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 2. S. 404.

Lebenslauf.

Verfasser dieser Arbeit, Adolf Nitschke, evangelischer Confession, Sohn des Tuchfabrikbesitzers Adolph Nitschke zu Spremberg, wurde am 26. August 1865 in Spremberg geboren. Seine wissenschaftliche Vorbildung erhielt er auf der Realschule zu Spremberg, dem Gymnasium zu Cottbus und dem Königl. Gymnasium zu Wurzen, welch' letzteres er Ostern 1887 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um Jura zu studieren. Ende April 1887 wurde er in der juristischen Fakultät der Universität Greifswald inscribiert und studierte daselbst bis Ostern 1889 die Rechtswissenschaft. Er bezog darauf die Universität Berlin und gehörte derselben bis Ostern 1891 als Student der Rechte an. Seiner Dienstpflicht genügte er bei der 9. Compagnie Inf.-Regts. Prinz Moritz von Anhalt-Dessau (5. Pommersches) No. 42 zu Greifswald.

Während seiner Studienzeit besuchte er die Vorlesungen folgender Herren:

In Greifswald:

Baumstark, Fischer, Medem, Pescatore, Stoerk, Struck.

In Berlin:

Brunner, Dambach, Dernburg, Goldtschmidt, Hinschius, v. Kaufmann.

Allen diesen Herren, seinen hochverehrten Lehrern, spricht der Verfasser seinen ehrerbietigsten Dank aus.

Das Examen rigorosum bestand der Verfasser am 18. Februar 1892 bei der hohen juristischen Fakultät in Erlangen.